

EFICÁCIA HORIZONTAL DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A VINCULAÇÃO DESSES AOS PARTICULARES: TEORIAS PERTINENTES E APLICAÇÃO JUDICIAL DA “LEI DO SOPESAMENTO” COMO SOLUÇÃO DOS CONFLITOS DE INTERESSES CONSTITUCIONAIS

Thyago Gutierrez Rodrigues Santos*

“Se for verdade que um texto só responde a quem o interroga corretamente, então parece elementar que a Constituição se recuse a falar com quem não saiba dirigir-se a ela.”

Karl Larenz

RESUMO: O presente artigo visa analisar de forma breve – porém crítica – as teorias acerca da chamada “eficácia horizontal” dos direitos fundamentais no Brasil, dissertando sobre a possibilidade da aplicação das teses cabíveis tendo como base nosso ordenamento jurídico, bem como visualizar os conflitos entre bens e valores constitucionais no cotidiano jurídico, os quais podem ser solucionados pela incidência da “lei do sopesamento”, criada por *Robert Alexy* justamente com esse escopo, salientando a importância de aplicá-la em consonância com os valores e direitos eleitos como cruciais pela nossa Carta Magna.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais. Eficácia horizontal. Sopesamento. Aplicação judicial.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição já não é mais encarada como antes. Não se trata mais apenas do paradigma jurídico, mas opera como estatuto da coletividade social, dando norte às relações sociais, jurídicas ou não. Alguns resquícios da visão positivista da Carta Maior ainda persistem sinuosamente, porém com muita dificuldade ainda encontram fôlego. Os direitos fundamentais

* Técnico Judiciário do TJSE, lotado em Riachuelo. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS). E-mail: thyago.santos@tjse.jus.br

configuram-se como o cerne material da Constituição, e, por conseguinte, de todo o ordenamento jurídico. São o coração do sistema. Por um simples silogismo, constata-se que aplicar os direitos fundamentais é o mesmo que obedecer fielmente aos ditames da nova ordem político-jurídico-social instaurada em outubro de 1988.

A realidade brasileira padece ainda de inúmeros males. Não se deve acreditar que todas as mazelas do país serão resolvidas pelas vias judiciais. Entretanto, tem o Judiciário grande responsabilidade na luta pela concretização da Constituição e dos seus objetivos. Uma maneira hábil para tanto consiste no desenvolvimento dogmático-jurisprudencial e aplicação da eficácia horizontal de direitos fundamentais. Horizontal, pois atua em um mesmo plano: em ambos os lados, há um indivíduo, titular de direitos fundamentais.

A teoria, como aqui será demonstrado, revela-se como a mais conveniente para o nosso ordenamento, além de se configurar como a mais afinada com o projeto social insculpido na Constituição de 1988. Contudo, essa vinculação dos particulares a certos direitos fundamentais – pois alguns deles são dirigidos exclusivamente ao Estado – e a sua consequente horizontalidade acarreta em conflito entre valores igualmente protegidos pela Carta Maior. Para o solucionamento do choque não cabe a decretação da nulidade de algum direito conflitante. Entra em ação a técnica do sopesamento, a qual definirá qual o peso de cada direito no caso concreto e qual aquele que deve ter prioridade. Muitos são os fundamentos constitucionais que corroboram a aceitação e a aplicação da teoria da eficácia imediata, tais como a supremacia da Constituição, a unidade material do ordenamento jurídico, a dignidade da pessoa humana e o princípio da solidariedade.

1.1 VISUALIZAÇÃO DO PROBLEMA

Com o intuito de demonstrar desde já a relevância e a utilidade do conteúdo aqui analisado, colacionaremos exemplos práticos de como a problemática se percebe no cotidiano das relações sociais.

“Tudo já está preparado. Há muito tempo os moradores da Rua Alvorada aguardam por esse momento. Hoje à noite finalmente todos se reunirão para discutir a questão do esgoto entupido lá no fim da rua, que já vem tirando o sossego de muita gente. João Batista de Jesus, viúvo, advogado

aposentado, evangélico de 63 (sessenta e três) anos de idade, é o seu mais conhecido morador, pois além de ter sido um dos primeiros a construir sua casa no logradouro, também participa ativamente em prol dos moradores da rua. Pesquisa preços de serviços, vai à prefeitura reclamar, conversa com os vizinhos sobre as soluções possíveis, e faz reuniões de moradores, como esta que acontecerá logo mais. Como mora sozinho, gosta de ter gente em casa.

Vão chegando os primeiros convidados. Todos vão se acomodando na casinha que já foi palco de tantos debates e propostas. Muitas até se concretizaram, como o conserto das calçadas das casas próximas à praça, que estavam todas quebradiças por causa da má qualidade do material usado pela prefeitura. O “Seu João”, como é conhecido, recebe e acomoda todos os vizinhos. Nenhuma novidade, até que um novo morador chega para a reunião.

Logo que os contornos de sua silhueta despontaram pela porta da frente alguns arregalaram os olhos em completo silêncio. Outros deram risadinhas contidas. Uma mistura de espanto com vislumbre. Um novo vizinho se apresenta (ou será vizinha?): saltos altos, saia curta plissada, blusa tomara-que-caia, cabelos enloirados, maquiagem pesada e perfume insuportavelmente forte: é Shirley “Luxúria”, travesti de 23 (vinte e três) anos de idade, formado em Direito, e o novo morador da casa nº 24 (dizem que seu nome um dia já foi Adagilson Pinto). O esgoto entupido também o estava incomodando, e ficou sabendo da reunião. O problema era que o horário quase coincidia com a hora de uma de suas apresentações semanais. Assim, achou por bem já ir pronto para ir trabalhar assim que a reunião acabasse. “Seu” João imediatamente se levanta de sua poltrona assustado.

- Quem é você? O que veio fazer aqui? - pergunta o dono da casa em tom inquisitorial.

- Hello, pessoas! Ainda não começou não, foi? Ai que bom, pensei que me atrasaria logo na primeira vez. Eu ficaria “passada”. O que importa é que já cheguei! Sim, e como vai ficar o “babado” do esgoto mesmo? Já não aguento mais aquela “inhaca” fluindo perto da minha casinha.

- Você não respondeu minha pergunta! Quem é você? - replicou João mais alto ainda.

- Oi, seu moço! Meu nome é Shirley, a Luxúria! Muito prazer, viu? Tô morando lá na casa nº 24, ficou sabendo não? Sim, sim, mas e aí, como é que vai ficar aquele *problem* lá? Tô ficando bege de tanto *stress* já! - disse

a visita cheia de animação.

- Não, não fiquei sabendo, e se soubesse seria pior. Quanto à questão do esgoto, você saberá depois, se alguém lhe contar. Aqui você não fica. Isso que você faz é nojento, uma coisa diabólica. Seu modo de vida é repugnante, e você precisa se arrepender, ou então vai pra o Inferno, ouviu?! Não aceito “abominações” na minha casa! - falou o dono da casa com os ânimos alterados.

Ao dizer isso, João Batista foi se dirigindo à porta, fazendo sinais com a mão para que Shirley saísse.

- Não vou sair daqui até resolver essa pendenga, e você não tem o direito de me discriminar pela minha preferência sexual. Isso é preconceito, e todo preconceito é inconstitucional! - disse Shirley “Luxúria” em tom firme. Dessa vez, seu timbre era o de um homem normal, e a expressão de seu rosto não tinha mais aquele ar “serelepe”.

- Vai sair sim! Eu sou o dono desta casa e aqui só entra quem eu quiser! Minha casa é asilo inviolável e ninguém pode permanecer aqui sem meu consentimento! É meu direito! E posso expressar a minha opinião livremente também, é direito fundamental meu, quanto mais dentro da minha própria casa! Você vai sair agora mesmo! - retrucou João, relembando dos seus tempos áureos de advogado.

- Conheço a Constituição, vovô. E também sei que gozo da liberdade para manifestar meu pensamento através do meu vestuário, bem como que não posso ser obrigado a fazer algo que a lei não me obrigue. Portanto, quero dizer o que penso e vai ser aqui mesmo! - rebateu o travesti arrimado na lembrança de suas aulas de Direito. A discussão só não terminou da pior maneira, pois dona Norma, senhora idosa, também viúva e juíza aposentada, interveio. Shirley Luxúria disse que aquilo não ia ficar daquele jeito, e saiu. Acabou que a reunião teve que ser remarcada pra outro dia mais calmo. “Seu” João pediu desculpas a todos, mas não aguentou o clima e foi se deitar. Já na porta da casa, quando todos estavam indo embora, Rodrigo Novato, jovem de 18 (dezoito) anos e calouro na faculdade de Direito, chamou dona Norma e perguntou a ela quem estava certo, com base no ordenamento jurídico brasileiro. A resposta, todavia, não foi como esperava, e apenas fez aumentar suas interrogações.

- Meu jovem, toda balança tem dois pratos. Aquele sobre o qual você puser uma carga mais pesada, esse prevalecerá. No entanto, quem dirá

qual delas é a mais pesada? Isso definirá quem tem razão - disse dona Norma, segura de si e certa de que a questão era muito mais profunda do que aquilo que todos imaginaram”.

1.2 O SIGNIFICADO DA HORIZONTALIDADE DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

É fato incontroverso a afirmação de que a Constituição Federal - enquanto norma suprema do ordenamento jurídico - tem como uma de suas primordiais funções a garantia de direitos primários, básicos, os quais protegem os cidadãos da intervenção estatal, ao passo que também lhes garante o adimplemento de necessidades básicas para a manutenção de uma vida humana digna. Tanto assim é que o sempre citado art. 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão prescreve que *“toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada não possui Constituição”*. De acordo com Ingo Sarlet, com isso, lançou-se as bases dos núcleos materiais das primeiras constituições escritas, as quais tinham essência liberal-burguesa: a limitação do poder do Estado por meio da instituição de alguns direitos fundamentais e da separação dos poderes.¹

Os direitos fundamentais funcionam ainda como norteadores da ordem constitucional, consignando no bojo da Lei Maior diversos pontos de observância legislativa necessária, para que as disposições infraconstitucionais não venham a macular posteriormente as suas ideias-chave. Dessa forma, pode-se inferir de que tais direitos podem ser assimilados como as fontes dos ditames maiores da Carta da República, como se fossem verdadeiros princípios dos princípios constitucionais.

Igualmente, é incontestável a constatação de que um Estado precisa necessariamente de cidadãos, os quais carregam e carregarão comumente a língua, os costumes, o passado e o futuro do país. Sem nacionais não há qualquer subsídio para a edificação e/ou manutenção de um Estado. Ressalte-se ainda que a infinita maioria das relações jurídicas ou extrajurídicas existentes num país advém dos particulares e suas circunstâncias, os quais dão vida ao Estado, contratando serviços entre si, criando cultura e costumes, reformulando a linguagem, gerando novas pessoas e famílias.

A aplicação dos direitos basilares, no tocante à relação entre Estado e cidadão, é obrigatória e facilmente percebida, posto que o próprio Poder Público deve e busca (?) seguir as diretrizes impostas pela Carta da República. É a chamada *eficácia vertical*, que parte do Estado, superior, com seu poder de império, e o cidadão, abaixo, subordinado aos ditames que a ele cabem obediência. Todavia, no que diz respeito à aplicação entre os cidadãos entre si, nas suas relações particulares, é de se questionar pela possibilidade de fundamentação constitucional da eficácia horizontal de direitos fundamentais, além de se perquirir a forma e o alcance dessa vinculação, haja vista que, nos dizeres de Wilson Steinmetz, não há uma “evidência constitucional” que defina incontestavelmente a possibilidade ou não dos efeitos horizontais dos direitos fundamentais.²

Assim, nas relações Estado/indivíduo temos aquele que reconhece e estabelece os direitos fundamentais contra um destinatário do conteúdo protetivo dessas normas. Desta feita, é pressuposto inicial da concepção de uma eficácia horizontal de direitos fundamentais o conflito entre dois ou mais titulares desses direitos. Portanto, indagar sobre a existência dessa “horizontalidade” significa decidir, ainda de acordo com Steinmetz,

“(...) se existe no mundo das relações jurídicas interprivadas (intersubjetivas e plurissubjetivas) uma zona de exclusão de direitos fundamentais. E se as relações entre particulares não forem território livre de direitos fundamentais, então é preciso decidir quais, como e em que medida direitos fundamentais vinculam os partícipes dessas relações”.³

2. TEORIAS ACERCA DA APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 TEORIAS DE IMPUTAÇÃO AO ESTADO

Algumas teses direcionam a problemática da eficácia horizontal de direitos fundamentais ao Estado; por isso são chamadas de teorias da imputação ao Estado.

Uma delas é a teoria de *Schwabe*, desenvolvida na Alemanha por *Jürgen Schwabe* e que sintetizava a função das normas de direitos fundamentais na

proteção ante o Estado. Assim, todas elas seriam, na essência, apenas direitos de defesa ante o Poder Público. Por conseguinte, para o jurista germânico, a vinculação dos indivíduos aos direitos fundamentais seria um “*problema aparente*”. Steinmetz afirma que:

“Segundo Schwabe, toda lesão de direito fundamental entre particulares deve ser imputada ao Estado, porque a lesão, em última análise, resulta de uma permissão estatal ou de uma não-proibição estatal. Se o Estado – por meio da legislação, jurisdição e administração – não proíbe uma violação de direito fundamental entre particulares, então o Estado permite.(...) Assim, o problema da vinculação dos particulares a direitos fundamentais desloca-se para o plano das relações entre indivíduos e Estado (...)”⁴(grifos nossos)

De imediato, pode-se perceber algumas falhas nesta elaboração doutrinária. Primeiramente (e principalmente), a teoria resume todas as violações aos direitos fundamentais numa falha estatal direta e inescapável, o que não se sustenta de modo algum. Tal premissa implica em assumir o Estado como se fosse um ser onisciente e onipresente - que tudo sabe e que está em todos os lugares -, e que somente por sua aquiescência é que as infrações acontecem.

Ora, revestir o Poder Público com atribuições tão divinas é um grande deslize, pois o Estado não é capaz de fiscalizar e controlar todas as movimentações sociais, e mesmo que o fizesse, não poderia jamais interferir na livre determinação das pessoas. Ademais, é sabido que os próprios cidadãos, na modernidade em que vivemos, acabam por reproduzir, em microescalas, grupos concentradores de poder. Não um poder “oficializado”, mas invisível, difuso, tais como aqueles que *Ferdinand Lassale* afirmou serem os “fatores reais do poder” de seu país.⁵

Outro problema é que a teoria de Schwabe “*conduz a irresponsabilidade privada ante os direitos fundamentais*”, haja vista que toda violação seria automaticamente transferida para o Estado.⁶

Imagine-se ainda a seguinte hipótese: um jovem estudante de Filosofia recebe bolsa de estudos para estudar em uma famosa Universidade Presbiteriana numa metrópole brasileira. Em uma das cláusulas do contrato

consta que o vínculo acadêmico será automaticamente quebrado caso o rapaz promova debates no interior da Universidade que promovam questões de outras religiões. Em determinado momento de sua vida, o jovem converte-se ao Islamismo e passa a ministrar os ensinamentos do Corão em pequenos grupos de estudo na sua turma. A direção toma ciência do caso, consegue provas e executa a cláusula contratual, excluindo o rapaz da Universidade. Ele poderia alegar em juízo a ofensa ao seu direito fundamental de liberdade de crença⁷, ao passo que a Instituição levantaria seu direito fundamental de liberdade contratual⁸. Indaga-se: como atribuir ao Estado a ofensa aos direitos mencionados se foram livremente pactuados pelos seus próprios titulares?

A *State Action Doctrine* é também outra teoria de imputação ao Estado. Para essa corrente, os particulares não podem invocar os direitos fundamentais em suas relações e negociações. Seus adeptos – que se concentram fortemente nos Estados Unidos – tomam como base a natureza liberal que propulsionou o reconhecimento dos direitos fundamentais ao longo da história, principalmente os da primeira dimensão, que já citamos aqui.

Simielle Barros dos Santos pontua que:

“(...) A recusa em se admitir que os direitos fundamentais vinculam particulares também se justifica pelo fato de o texto constitucional norte-americano, na maior parte de suas cláusulas, apontar expressamente o Estado como destinatário dos direitos individuais. (...) Outro argumento (...) é o de que a possibilidade de o particular invocar os referidos direitos quando se relacionar com seus pares operaria o rebaixamento da Constituição e o consequente arrefecimento de sua força normativa.”⁹

Essa doutrina norte-americana não admite que os direitos e liberdades fundamentais sejam manejados entre os cidadãos, pois as proteções existem para criar a redoma de guarda mínima e particular de cada indivíduo, impedindo que as ações do Estado (daí o nome) extrapolem os limites. *Bilbao Ubillos*, comentado por Steinmetz, afirma que somente há duas maneiras para se ampliar a conceituação e a aplicação da doutrina no caso concreto: quando alguém exerce uma função própria do Estado sem aparentar, e quando existe uma conexão ou cumplicidade entre um cidadão

e outro que possa “(...) *implicar o Estado na conduta de um ator privado*”.¹⁰

Encontram-se nas exceções alhures grafadas algumas similitudes com o nosso Direito Penal: quando um funcionário público pratica o crime de peculato, por exemplo, em coautoria com outra pessoa que não goza do mesmo *status*, mas que sabe que o parceiro criminoso é essa circunstância pessoal do funcionário público se comunica com o coautor, e este responderá também pelo crime de peculato mesmo não tendo vínculo laboral com o Poder Público.¹¹

Basicamente é esse o raciocínio empregado pelos Tribunais dos EUA que permite uma leve ampliação da aplicabilidade da doutrina da *State Action* em casos que não versem sobre conflitos entre o Poder Público e particulares. Assim, preserva-se incólume a ideia da impossibilidade de os cidadãos manejarem os direitos fundamentais contra outros pares. Contudo, é possível de se reproduzir, no que couber, as mesmas críticas tecidas contra a Teoria de *Schwabe*, bem como novas outras, como o problema da delimitação daquilo que venha a ser uma responsabilidade do Estado no caso concreto e, acima de tudo, a falta da função Constituição como parâmetro para a sociedade em geral.

Barros traz um caso interessante julgado pelo Tribunal Maior americano, pelo que transcreveremos integralmente:

“(...) a Suprema Corte, no caso *Marsch v. Alabama*, reconheceu a obrigatoriedade de uma empresa privada respeitar o direito fundamental à liberdade de religião de uma testemunha de Jeová. A referida empresa possuía terrenos sobre os quais foi construído um vilarejo e o administrava com certa autonomia. Ocorre que, em determinada ocasião, Marsch, praticante da religião testemunha de Jeová, professava a sua crença dentro da propriedade privada quando, então, foi convidada a se retirar. Por ter se recusado, a ela foi aplicada sanções penais com base em lei do Alabama que proibia a entrada e permanência de pessoa em propriedade alheia. (...) Em suma, sustentou-se [pela Suprema Corte] que, por se tratar de uma cidade privada e, portanto, aberta ao público, não poderia a empresa ter impedido que Testemunha de Jeová professasse sua religião no interior do vilarejo. Nesse caso, considerou-se que a atividade prestada

pela empresa equiparava-se à atuação estatal e, por isso, estaria vinculada ao direito à liberdade de culto”.¹²

Em ambas teorias, percebe-se flagrantes incompatibilidades com a doutrina mais avançada sobre o estudo dos direitos fundamentais.

Sendo certo que a supremacia da Constituição é cânone interpretativo crucial para o sadio desenvolvimento e aplicação do Direito nos nossos tempos, e assumindo que as normas basilares são o núcleo material da Carta Maior, logo, são inegavelmente o centro do próprio ordenamento jurídico, ao ponto de atuarem como norte para a produção legislativa infraconstitucional. Considerar que tais normas sejam relativizadas em sua importância e em seu nível de observância ímpar é compactuar com o desrespeito à soberania da Constituição. Se funcionam apenas como escudo contra o Estado, então, podem ser livremente apagados nas relações privadas, o que de imediato se assimila como incorreto.

Ademais, em nosso sistema jurídico, tais teorias não receberiam guarida, como de fato não recebem, pois o art. 5º, § 1º da CF/88 impediria automaticamente que conclusões tendentes àqueles resultados fossem tomadas. A declaração constitucional de que as normas de direitos fundamentais possuem aplicação imediata sufoca qualquer pretensão de se desenvolver, no Brasil, as correntes imputadoras ao Estado citadas alhures.

2.2 TEORIA DA EFICÁCIA MEDIATA OU INDIRETA

Passemos agora à análise de outras concepções, as quais versam sobre a possibilidade da aplicação das normas fundamentais dentro das relações privadas.

A teoria da eficácia mediata – que também é chamada pela doutrina de teoria da eficácia indireta – foi inicialmente formulada por *Günther Dürig* na Alemanha, e teve grande aceitação pela Suprema Corte daquele país, o que foi revelado no bojo da decisão do famoso Caso *Lüth*, cuja sentença data de 15 de janeiro de 1958, exarada pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha.

Durante um festival cinematográfico que ocorria em 1950, *Erich Lüth*, que era Presidente do Clube de Imprensa da cidade de Hamburgo, pronunciou-se publicamente contra o diretor de um dos filmes que

estavam sendo exibidos no evento. *Lüth* acusou *Harlan*, diretor do filme *Unsterbliche Geliebte* (Amante Imortal), de dirigir, a serviço da ideologia nazista, películas anti-semitas durante a chancelaria de *Adolf Hitler*. A produtora do filme pediu explicações a *Erich Lüth*, o qual lavrou uma carta aberta à imprensa exortando as sociedades alemãs que trabalhavam na seara cinematográfica a não comercializar o filme, além de pedir ao público que não o assistisse. A produtora, diante da resposta, ingressou com ação cível no juízo de Hamburgo, obtendo medida cautelar para impor a *Lüth* a proibição de sua exortação, o que foi confirmado na sentença final, dando ganho de causa para a autora.

Contra essa decisão, *Lüth* impetrou reclamação constitucional ante o Tribunal Constitucional Federal, alegando violação de seu direito fundamental à liberdade de expressão. E a decisão proferida por aquela Corte Suprema instituiu, pela primeira vez, um novo olhar sobre a temática dos direitos fundamentais, que reconheceu o caráter estatalmente transcendente dos mesmos.

Sobre a histórica decisão, vemos na obra do mestre *Robert Alexy*, jurisdicionado daquele Tribunal, excertos cruciais. Para aquela Corte de Justiça,

“(...) os direitos fundamentais são destinados, em primeira instância, a proteger a esfera de liberdade do indivíduo contra intervenções dos poderes públicos. (...) Igualmente correto é que a Constituição, que não pretende ser uma ordenação axiologicamente neutra, (...) também estabeleceu, na seção dedicada aos direitos fundamentais, uma ordem objetiva de valores (...). Esse sistema de valores, em cujo centro se encontra o livre desenvolvimento da personalidade humana e de sua dignidade no seio da comunidade social, deve valer, como decisão constitucional fundamental para todos os ramos do direito.”¹³(grifos nossos)

Segundo Steinmetz, a teoria pode ter seus pontos principais resumidos da seguinte forma: a) “no caso concreto, a interpretação-aplicação de normas de direitos fundamentais (...) é operada e modulada mediatamente pelas (através de) normas e pelos parâmetros dogmáticos hermenêutico-

aplicativos do direito privado”; b) *“a eficácia de direitos fundamentais nas relações entre particulares está condicionada à mediação concretizadora do legislador de direito privado, em primeiro plano, e do juiz e dos tribunais, em segundo plano*”; c) É incumbência do legislador desenvolver a potencialidade da concretização dos direitos fundamentais através de regulações normativas que tracem os contornos de conteúdo, as condições e o alcance dos direitos entre os indivíduos; d) Nos casos concretos, os direitos fundamentais vão ser efetivados através da interpretação das cláusulas gerais desses ramos jurídicos privados, como *“boa-fé”*, *“usos e costumes”*, *“moralidade e probidade”*, entre outras. Assim, esses termos – que são propositalmente imprecisos –, além de servirem como válvulas de irradiação dos direitos fundamentais, devem ser preenchidos e complementados com seus conteúdos.¹⁴

Assim, é possível observar que a presente teoria preza pela proteção da autonomia privada, que é a essência de todo ramo do direito privado. Igualmente, estima-se pela preservação da função soberana do direito constitucional, haja vista que não se busca um englobamento das questões civis nos moldes constitucionais, mas almeja o solucionamento das mesmas no âmbito do e por meio das técnicas jurídicas do direito privado.

Para Simielle Barros dos Santos, na teoria da eficácia mediata,

“(…) os juízes e os tribunais não podem invocar a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, visto que estão condicionados às disposições previstas nas normas de Direito Privado. A irrupção dos direitos fundamentais no âmbito privado só pode ser realizada pelo juiz mediante o preenchimento das cláusulas gerais”.¹⁵

Assim, os direitos fundamentais não são observados de pronto nas relações entre cidadãos, mas necessitam de uma intermediação, que pode ser tanto judicial quanto legislativa. Essa função de mediação se dá ou através das próprias criações legislativas, que devem prescrever a maneira como eles deverão ser manejados e observados na sociedade, ou por meio da interpretação do julgador, que, utilizando as aberturas textuais da lei, imprime na construção jurídica de sua decisão os valores insculpidos nos direitos fundamentais.

Ressalte-se ainda que, para essa teoria, os direitos fundamentais

são tomados como princípios objetivos, como uma ordem axiológica estabelecida, o que foi ratificado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão na sentença do Caso *Liith*.

Ocorre que, para seus adeptos - os quais são suficientemente representados por *Konrad Hesse* -, as normas fundamentais não devem ser aplicadas imediatamente entre os indivíduos, haja vista que desencadearia uma série de conturbações tanto na dogmática da ordem jurídica como no aspecto logístico do funcionamento do Poder Judiciário.

Como bem salienta Steinmetz, são legítimos os receios teóricos e dogmáticos desta corrente com a preservação da identidade do direito privado, que é o ambiente propício para o desenvolvimento das liberdades individuais, bem como a preocupação com a segurança jurídica e a separação de poderes.¹⁶

Uma das críticas levantadas é que, com a influência dos valores fundamentais nas normas de direito privado, haveria uma “*panconstitucionalização*”, ou seja, o Direito Constitucional se banalizaria, se diluiria em todo o universo jurídico, descaracterizando-se por completo, perdendo sua primazia, além de transformar todos os casos jurídico-privados em jurídicos-constitucionais, o que congestionaria ainda mais o Judiciário, principalmente no Brasil.¹⁷

Outra alegação é de que a aplicação por um intermédio preservaria a identidade e a essência da autonomia privada, que nada mais é do que um “*princípio que deflui do direito geral de liberdade*”.¹⁸ Assim, provocar-se-ia uma castração ao direito constitucional de se autodeterminar livremente, posto que todos deveriam se limitar aos preceitos das normas fundamentais.

Steinmetz traz interessante exemplo sobre a impossibilidade do julgador fazer sobrepor as normas de direitos fundamentais sobre as disposições de direito privado, pelo que traremos integralmente:

“(…) cite-se o art. 13 do novo Código Civil brasileiro: ‘salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes’ (...) Conforme a teoria da eficácia mediata, um caso concreto que caísse sob o suposto fático (*fattispecie*, *tatbestand*, hipótese legal) dessa norma deveria resolver-se de acordo

com a consequência jurídica que ela prescreve. Se a norma é constitucional, então não cabe ao juiz sobrepor-se à ponderação já feita pelo legislador para um virtual conflito entre integridade física (CF, art. 5º, X) e autonomia privada (liberdade para dispor contratualmente do próprio corpo). Aqui, é uma norma imperativa restringindo a autonomia privada. O caso se resolve como um caso de direito civil e não como um caso de direito constitucional”.¹⁹

Lógica semelhante é encontrada no paradigmático Caso *Lüth*, já citado anteriormente. A sentença da ação ajuizada pelo produtor do filme repudiado contra *Lüth* julgou procedente os pedidos de indenização e de suspensão da manifestação contrária à película com arrimo no § 826 do Código Civil alemão, que declara que *“aquele que, de forma contrária aos bons costumes, causa prejuízo a outrem, fica obrigado a indenizá-lo”*. Barros afirma que,

“(…) inconformado com a sentença, Lüth recorreu ao Tribunal Constitucional, que anulou a citada decisão sob o argumento de que o § 826, especificamente em relação à cláusula geral dos ‘bons costumes’, deveria ser interpretado à luz do direito fundamental à livre manifestação de pensamento. Assim, o Tribunal Constitucional assegurou a Lüth o direito de defender o boicote ao filme do diretor Veit Harlam”.²⁰(grifos nossos)

Diante disso, percebe-se a ideia do preenchimento axiológico da definição das cláusulas gerais com a substância dos direitos fundamentais.

Crucial para a teoria da eficácia mediata é a necessidade da interposição legislativa para estabelecer as linhas pelas quais os direitos fundamentais devem transitar nas relações individuais. Não é à toa que *Hesse*, mencionado por *Steinmetz*, escreveu que:

“(…) ao legislador de direito privado corresponde constitucionalmente a tarefa de transformar o conteúdo dos direitos fundamentais, de modo diferenciado e concreto, em direito imediatamente

vinculante para os participantes em uma relação jurídico-privada. A ele compete fundamentalmente cuidar das múltiplas modificações às quais obriga a influência dos direitos fundamentais sobre o privado”.²¹ (grifos nossos)

Com a devida vênia ao ilustre jurista alemão, ousamos discordar. Observamos que os dizeres do professor baseiam-se no pressuposto de que a existência dos direitos fundamentais depende, em sua essência, do reconhecimento positivado dos mesmos. Assim, após o Estado os assumir e os implantar em sua Carta Maior, deve o legislador infraconstitucional laborar para dissecar aqueles valores em produções normativas passíveis de – a agora possível – aplicação entre os indivíduos.

Acontece que os direitos fundamentais são o cerne material da Constituição, a mais incontestada demonstração da nova escolha axiológica da nação, o que, por ricochete, implica afirmar que são o centro de todo o ordenamento jurídico. Este, por seu turno, apesar de ser deflagrado por um poder soberano e teoricamente incondicionado (o Poder Constituinte Originário), não pode violar disposições que naturalmente são inferidas pelo espírito humano como sendo necessárias e justas, como o direito à vida, à liberdade, à propriedade privada e ao devido processo legal. Com isso, realça-se a ideia da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que possuem sua raiz em instâncias supraestatais.

Ora, se eles são, de fato, resultantes do novo consenso popular constitucionalmente firmado, como precisariam de uma intermediação para valerem entre aqueles mesmos que os estipularam? Se brotam dos indivíduos, porque precisariam de regulamentação normativa para os vincular? Assim, entendemos diversamente do renomado doutrinador germânico.

Ainda no aspecto da demanda legislativa: a inescapável necessidade de segurança jurídica impeliria o legislador a delimitar e a definir normativamente os contornos dos direitos fundamentais, pois sua linguagem altamente abstrata e imprecisa ensejaria um subjetivismo judicial, o qual permitiria que todo o poder se transferisse aos juízes, o que ironicamente faria desmoronar por inteiro o princípio da legalidade e, por conseguinte, o Estado de Direito.

De fato, não há como negar que esse tipo de norma apresenta elevado

grau de dificuldade no tocante à definibilidade. É de sua própria natureza que assim seja, haja vista a grande carga axiológica que encerram. Atuam como grandes cláusulas gerais, maiores em extensão e densidade valorativa. Assim, delimitar o conteúdo preciso e pacífico do que seria, por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana, seria tarefa hercúlea, praticamente impossível, pois não se pode olvidar de que as normas de direitos fundamentais sempre demandam um amoldamento aos elementos dos casos concretos.

Porém, a alegação não se sustenta. Como ressalta Steinmetz, tanto as cláusulas gerais do direito privado como as normas de direitos fundamentais possuem, a rigor, o mesmo nível de indefinição e abstração²². Citemos o artigo 421 do nosso Código Civil, que prescreve que *“a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”*. Pergunta-se: o que é a função social do contrato? Quem a estipula, ou de que forma deve operar? No caso concreto, como pode o juiz brasileiro saber se a avença está obedecendo ao comando da norma? Com base em que critérios?

Outro caso é o do artigo subsequente, o artigo 422 do mesmo CC, que declara que *“os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”* Novamente cabe a indagação sobre o que seria o princípio da probidade, bem como o da boa-fé. Em que exatamente consistem e qual a medida de sua aplicabilidade? Qual o conteúdo preciso de ambos?

Ademais, deve-se observar o seguinte: os princípios abstratos, na medida em que vão se materializando – isto é, sendo formulados racionalmente pelo operador do Direito – diminuem seus níveis originais de generalidade e abstração para alcançar níveis de concretização e de pertinência ao caso concreto. Assim, na medida em que vão sendo “despojados” de seu patamar elevado, vão assumindo limites visíveis, perceptíveis e passíveis de crítica e, sobretudo, de confrontação com o mandamento primeiro. É dizer: feito o desenvolvimento a respeito do que seja o princípio ou a norma de direito fundamental, os resultados jurídicos e sociais que advierem é que tratarão de confirmar ou não o cabimento da construção feita. Se o resultado for incompatível com os preceitos abstratos, deve-se descartar a lógica utilizada.

Faremos uma ilustração: seria como uma planta arquitetônica de algum edifício que ainda não teve suas obras iniciadas. Não há nada

ainda visível, nem há sinais de como o prédio será. A planta define como a construção deve ser, mas não é capaz de prever com absoluta precisão como de fato será, haja vista que mudanças das mais variadas estirpes podem surgir durante a obra. O prédio vai sendo erguido: lastros fincados, paredes sendo levantadas, estruturas sendo montadas, e o edifício começa a ganhar contornos.

Se a construção for fiel ao projeto, então saberemos como ficará ao final. Mas se a planta previamente traçada não for obedecida, qualquer um que olhar para a obra e para o projeto dirá que algo está errado, que ambos não são a mesma coisa. Da mesma forma se dá com a construção judicial sobre as normas de conteúdo abstrato. Assim como a planta, que traz em si um grande edifício, mas apenas abstrato e em potencial, as normas de direitos fundamentais apresentam um norte a ser seguido. Se o raciocínio jurídico levar o conteúdo abstrato a um resultado dissonante, qualquer um – tal qual aquele que olha para o prédio diferente de sua planta – saberá discernir que algo está diferente.

Portanto, a generalidade e o alto grau de indefinição das normas de direitos fundamentais, ao ganharem formas concretas, são passíveis de arcar com o contraditório e o controle por parte de terceiros, não havendo razões para vingar, em nossa visão, o argumento da “*vagueza semântica*”.²³

2.3 TEORIA DA EFICÁCIA IMEDIATA OU DIRETA

Analisemos agora a teoria da eficácia imediata, ou da eficácia direta, a qual foi desenvolvida inicialmente na Alemanha pelo juiz trabalhista *Hans Carl Nipperdey*.

Segundo Steinmetz, em 1954, *Nipperdey* publicou obra intitulada *A dignidade do ser humano*, onde argumenta que os direitos fundamentais não se limitam a ser uma redoma de proteção dos particulares em face do Estado, mas também devem proteger os particulares nas relações que travam entre si, sobretudo nas que firmam com os “poderes sociais”. Afirma ainda o aludido autor que o magistrado germânico do Trabalho, em 1960, afirmou em sua obra *Direitos fundamentais e direito privado* que os direitos fundamentais possuem um efeito jurídico que transforma as disposições do direito privado, “*sem que importe que se trate de direito vinculante ou dispositivo, de cláusulas gerais ou de determinadas normas jurídicas, ou crie outras novas (...)*”, chegando até mesmo a pugnar por

uma eficácia absoluta dos mesmos nas relações particulares.²⁴

Convém ainda citar excerto de decisão oriunda do Tribunal Federal do Trabalho alemão, que Wilson Steinmetz, citando o atual ministro do STF, Gilmar Mendes, menciona em seu livro, o que merece nossa menção *ipsis litteris*:

“(...) em verdade, nem todos, mas uma série de direitos fundamentais destinam-se não apenas a garantir os direitos de liberdade em face do Estado, mas também a estabelecer as bases essenciais da vida social. Isso significa que disposições relacionadas com os direitos fundamentais devem ter aplicação direta nas relações privadas entre os indivíduos. Assim, os acordos de direito privado, os negócios e os atos jurídicos não podem contrariar aquilo que se convencionou chamar de ordem básica ou ordem pública.”²⁵ (grifos nossos)

Para essa corrente, os direitos fundamentais são o fundamento de todo o sistema jurídico, e possuem eficácia em todos os âmbitos das relações jurídicas e extrajurídicas, sem a necessidade de uma interposição legislativa. Assim como a teoria da eficácia mediata, esta também arvora a existência das duas dimensões dos direitos fundamentais, a objetiva e a subjetiva, porém esta afirma que tais normas não dependem de regulamentações legislativas ou judiciais. Portanto, ainda que não haja cláusulas gerais que permitam a irrupção dos direitos fundamentais no caso concreto, podem e devem emergir como fatores decisivos para o solucionamento da questão.

Assim, as normas fundamentais garantem ao particular que este invoque direitos fundamentais seus contra seus pares – é dizer: aplicam-se horizontalmente - caso haja violação de alguma forma. Conforme Canotilho, lembrado por Steinmetz, também “*são e atuam como direitos subjetivos constitucionais independentemente de serem públicos ou privados*”.²⁶ Desta feita, possuem eficácia - e, portanto, também vigência e validade – de forma autônoma em relação às produções estatais, sejam dos legisladores ou dos juízes.

Obviamente que a ideia não passaria imune às críticas, ainda mais tendo em vista esse caráter “independente de tudo e todos” que propugna a teoria da eficácia imediata. Contudo, veremos que esta corrente é a que

mais se coaduna com o sistema constitucional brasileiro, além de se revelar como a mais dogmaticamente hábil para harmonizar o ordenamento jurídico nacional.

Uma das críticas tecidas é a de que a Constituição – e neste nosso estudo, a CF/88 – não possui texto expreso sobre o tema que lastreie a eficácia imediata.

Ora, nada mais fácil de se refutar. Não se discute em Direito o fato de que existem princípios e postulados que, a despeito de não estarem positivados, são tão presentes e respeitados quanto os que estão insculpidos com tinta. A ausência de previsão constitucional sobre a possibilidade de uma eficácia horizontal de direitos fundamentais não impede que a ideia seja desenvolvida e reconhecida. Muitos princípios constitucionais são implícitos, deduzidos da concatenação de outros princípios e disposições expresas. Como exemplo maior temos o princípio da vedação da autoincriminação, o qual, a despeito de não ser encontrado literalmente na Carta da República, é inferido de outros pilares insculpidos nela.²⁷

Conforme Steinmetz existem alguns fundamentos constitucionais²⁸ com maior força dogmática do que outros, mas todos eles se entrelaçam formando um feixe de princípios que, juntos, testemunham que a eficácia horizontal não se trata de “*mera faculdade constitucional*”, mas sim, “*uma imposição (exigência) básica da CF*”.²⁹

Sendo assim, nada impede que se reconheça a existência da vinculação dos direitos fundamentais entre particulares por meio da concatenação de outros princípios da CF/88. Ademais, o §2º do artigo 5º da Carta Maior expressamente admite tal possibilidade. O aludido parágrafo afirma que:

“§2º – Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. (grifos nossos)

Outra objeção, que Steinmetz menciona, é a que diz que nesta corrente se equipara erroneamente a relação Estado/indivíduo com a relação indivíduo/indivíduo. Ou seja, seria um equívoco se cotejar aquelas relações verticais, que se formam por um titular de direitos fundamentais com outro que não é (o Estado), com estas, que são horizontais e que se

compõem por dois titulares dos mesmos direitos.

Tal crítica também não enseja grandes forças para se refutar. O ser humano sempre busca o poder. Na medida em que os fatores que lhe proporcionem esse poder vão sendo adquiridos, em especial os elementos econômicos, naturalmente vai se abrindo um fosso entre aqueles que desfrutam de poderes e aqueles que não os têm. E isso termina por reproduzir, em uma escala micro, porém múltipla, modelos de relações verticais, como se cada indivíduo “mais poderoso” representasse o Estado no teatro dos atores sociais. Assim, no fim das contas, encontramos “mini-Estados” espalhados por toda a sociedade, cada um com seu protocolo de funcionamento, suas regras imutáveis e as instituições vitais para sua manutenção, entre outros.

Estes, por sua vez, nada mais são do que aquilo que *Lassale* há muito identificou como sendo os fatores reais de poder, os quais teriam tamanha pujança e autoridade que, se não encontrassem correlação na Constituição, a despojaria de todo seu *status* de Lei Maior, tornando-a uma simples folha de papel.

Em nossa realidade brasileira não é difícil visualizar “mini-Estados” por todos os lados. Observe-se as facções criminosas que loteiam os morros da cidade do Rio de Janeiro, ou os “comandos” que governam o crime organizado no Estado de São Paulo. Todos possuem seu *modus operandi* próprio, com hierarquias administrativas e plano de cargos, remunerações, linguagem “técnica”, além de agentes investidos de tamanho poder que atuam exatamente como legisladores e juízes, os quais, além de também funcionarem como executores das ordens, quase sempre não toleram instâncias recursais.

Para não nos atermos apenas aos exemplos do âmbito das ilegalidades, pontue-se as grandes corporações existentes. Pessoas jurídicas imensamente poderosas, internacionalmente espalhadas, com margens de lucro que superam o PIB de pequenos países latino-americanos ou africanos. Qualquer um é capaz de assimilar a grande disparidade que existe entre uma megaempresa e um simples consumidor que reside numa pequena cidade interiorana do Brasil.

Deveriam os direitos fundamentais permanecer inaplicáveis nesses casos, apenas porque uma das partes não é o Estado? Em síntese, a maior diferença entre o poder estatal e os outros poderes “difusos” é que o primeiro busca (ao menos em tese) a organização e a satisfação geral do

interesse público na medida do possível, enquanto que os outros buscam agradar apenas aos diretamente envolvidos no negócio (presidente, sócios, acionistas) por meio do alvo naturalmente perseguido por qualquer jornada capitalista: lucro.

O legislador nacional percebeu que, de fato, a realidade demonstra inequivocamente quadros de desrespeito e de abusos de direito perpetrados pelas grandes empresas ou mesmo pessoas físicas que desfrutem de maiores influências. Tanto assim é que previu a inversão do ônus da prova em prol do consumidor, que quase sempre se encontra em relação de hipossuficiência para com os fornecedores e/ou fabricantes de produtos.³⁰ E isto conforme as regras ordinárias de experiência, as quais farão com que o julgador de credibilidade às alegações do consumidor ou não. Contudo, sabe-se que quase sempre há flagrantes violações aos direitos de quem consome, exatamente devido à transfiguração das grandes empresas em “mini-Estados”, o que já mencionamos aqui e que dispensa maiores comentários.

Com tudo isso, desintegra-se a ideia da não aplicação dos direitos fundamentais entre os particulares (e por consequência a eficácia horizontal) devido a sua desconfiguração inicial, qual seja a de serem apenas direitos de proteção face ao poder estatal. Como bem realçou Steinmetz, “há muito que o Estado não é o único detentor de poder – talvez nunca tenha sido o único”.³¹ Na verdade, devem os direitos fundamentais ser escudos que protejam de quaisquer poderes, sejam “oficiais” ou não, pois baseiam-se nas condições humanas racionalmente tidas como justas, pouco importando contra quem serão erguidos.

Outro ataque erigido contra essa corrente é aquele que indica um esfacelamento do direito privado em sua principal substância, que é o princípio da autonomia da vontade. Steinmetz relata que o professor *Konrad Hesse* rejeita a aplicação imediata por dois motivos:

“(i) Admitida a eficácia imediata, os juízes e os tribunais ordinários (civis), em suas decisões, argumentariam amplamente a partir de e com os direitos fundamentais. Dessa forma, conflitos de caráter jurídico-civil se converteriam em conflitos jurídico-constitucionais. A consequência disso é que o Tribunal Constitucional poderia se transformar em um supremo tribunal de conflitos jurídico-civis,

assumindo um papel que a Constituição não lhe confere. (ii) A ampla e imediata eficácia de normas de direitos fundamentais entre particulares provocaria a inflação dos direitos fundamentais, ‘(...) com a qual o direito privado teria pouco a ganhar e os direitos fundamentais e seu verdadeiro significado muito a perder’.³² (grifos nossos)

O receio do renomado professor é o de que o Tribunal Constitucional, que no nosso caso é o Supremo Tribunal Federal, transforme-se apenas mais um tribunal de recursos, deixando em segundo plano seu essencialíssimo caráter de guardião da Lei Maior.

De fato, a crítica baseia-se em preocupações coerentes e cruciais, pois não seria salutar se admitir que o STF se tornasse um mero revisor supremo de “questiúnculas”, apreciando diariamente casos de briga de vizinhos, por exemplo. Sendo assim, é lícito impedir que a nossa Suprema Corte transfigure-se, pois sua relevância para o nosso sistema político-jurídico-social dispensa comentários.

Contudo, o que também não se pode olvidar é que as decisões do Supremo necessariamente afetam todos os níveis da sociedade, e todo o ordenamento termina por absorver o conteúdo de seus julgados, principalmente aqueles em que se observa relevantes interesses públicos envolvidos em causas que aparentemente não afetariam outros que não as partes do processo. É o que o professor Pedro Lenza pontua como sendo a chamada “transcendência da *ratio decidendi*”.³³ Assim, o fato de que as questões jurídicas analisadas e julgadas sejam fundamentalmente de direito privado, nada impede que se verifique, no caso concreto, indícios inescapáveis de conflitos jurídicos diretamente relacionados com determinados postulados constitucionais.³⁴

Na verdade, a constatação é mais frequente do que se poderia imaginar, e é exatamente desta forma que, em nossa opinião, as decisões mais célebres e paradigmáticas são construídas pela Suprema Corte. Portanto, devemos concordar com o professor Hesse se com sua assertiva ele se refere ao fato de que se deve impedir a transmutação do Tribunal Constitucional em um grande revisor de todas as causas. Todavia, é forçoso divergir com o mesmo se com isso ele pretendeu dizer que não cabe a Suprema Corte deixar de apreciar os conflitos existentes nas “causas privadas” exatamente por serem privadas, pois isto não seria “assumir

um papel que a Constituição não confere”.

Ademais, dizer que, com isso “o direito privado teria pouco a ganhar e os direitos fundamentais e seu verdadeiro significado muito a perder” padece, *data venia*, de sincronia com a realidade social. Na selvageria globalizadamente criada pela busca desenfreada por lucro, o direito privado vai se instrumentalizando como ferramenta de opressão, subjugando os leigos e os que não acreditam que haja melhor investimento no mundo do que aquele que garanta com absoluta certeza um pouco de comida para o jantar.

A carga axiológica dos direitos fundamentais, que são o centro material da Constituição, conforme já dissemos anteriormente, deve irradiar por todas as produções jurídicas e sociais no país, buscando concretizar os objetivos maiores estabelecidos na CF/88. Para tanto, requerem sim uma certa “vulgarização” de si mesmos, na medida em que sejam proliferados com a maior amplitude e frequência possíveis. Sendo assim, não teriam nada a perder aqui no Brasil, como declarou o mestre alemão, mas tudo a ganhar, pois estarão cumprindo sua função. Logo, conclui-se, pelas razões aqui elencadas e várias outras que por sua extensão e profundidade não cabem nesta monografia, que a teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais e a sua consequente horizontalidade é a mais saudável e conveniente para a realidade político-jurídico-social brasileira.

Convém, entretanto, ressaltar que nenhum extremo é saudável. Toda e qualquer concepção que nasça ou que se desenvolva tendendo para a aniquilação de diálogos ou de abertura para novas visões inclina-se para o declínio e a impraticabilidade. Entendemos que o receio dos que discordam da aplicação imediata dos direitos fundamentais é justamente o medo do extremismo que pode acarretar em um esfacelamento total dos direitos fundamentais e do direito constitucional no geral. O ponto perseguido deve sempre ser o meio-termo. Nem a vulgarização completa das normas de direitos e garantias fundamentais, nem a total repugnância entre esses e o direito privado, como se fossem óleo e água.

Para sintetizar a crítica aqui tecida, cabíveis são as palavras de Barros quando salienta que:

“(...) Ora, negar a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares ou condicioná-las à vontade do legislador ordinário é recusar a própria força normativa da Constituição. (...) É dizer: a

Constituição somente pode ser tida como norma suprema de um Estado nas relações indivíduo-poder público ou poder público-poder privado. Nas relações entre particulares, a legislação civil é que deve ocupar o patamar de norma superior e somente ela deve inspirar a atividade privada. Essa concepção, fruto do ranço do liberalismo burguês ainda entranhado nas sociedades contemporâneas, representa verdadeiro menoscabo aos princípios da força normativa e da máxima efetividade da Constituição. (...) A finalidade da teoria imediata não é preestabelecer a prevalência dos direitos fundamentais sobre a autonomia privada em todo e qualquer caso. Como dito alhures, concebe-se a problemática da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas como uma questão de conflito entre normas de direitos fundamentais que deve ser solucionada mediante um juízo de ponderação.”³⁵ (grifos nossos)

É aqui que percebemos a importância da concepção do professor Robert Alexy para a viabilização da teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais.

Esta é expressa por Alexy da seguinte forma: “Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”.³⁶ Com isso quer se dizer que, em uma situação em que um princípio deva ser submetido a outro, a não concretização desse princípio “perdedor” deve ser diretamente proporcional à importância que a aplicação do princípio “vencedor” deve ter. Quanto maior o grau de “diminuição” de um princípio, isso espelhará numa maior gravidade que se reputa à aplicação do outro princípio.

Critérios de valoração são usados pelos seres humanos a todo momento, em toda a vida. Dizer que “isto é melhor que aquilo outro” traz consigo um juízo de valor formulado com base em determinados filtros seletivos que apontam o que seja bom ou não para cada pessoa, quais os fatores mais importantes e de que forma eles evoluem na escala de qualidade pessoal.

Alexy sempre se utiliza, no decorrer de sua obra, de exemplos fáticos e principalmente jurídicos para elucidar as ideias que descreve; contudo,

buscamos neste estudo, sempre que possível, condensar as abstrações nos formatos de nosso cotidiano tupiniquim. Assim, trazendo para a nossa realidade brasileira, podemos descrever a ideia da valoração da seguinte maneira: se alguém, na sala de TV de sua casa, ao assistir os desfiles das escolas de samba do Rio de Janeiro, diz que determinada escola é melhor do que outra, é porque, nos seus critérios de julgamento, essa escola “melhor” preenche os requisitos que ele entende como necessários para se definir o que seja uma boa escola de samba.

Talvez o critério seja a qualidade do samba-enredo tocado, ou talvez a criatividade das fantasias, ou mesmo o primor técnico aplicado nos carros alegóricos. Todos esses elementos são levados em consideração; todavia, sempre haverá um ponto prevalecente sobre os demais, o qual é tomado pela pessoa como sendo de maior valor na decisão sobre quem deve ser consagrada a melhor.

Ocorre que seria um grande absurdo dizer que essa ou aquela escola de samba é um valor em si. É dizer: é inconcebível afirmar que a escola de samba A é o valor preferido por si só, mas apenas com relação a determinados critérios e em cotejo com as outras competidoras é que esse juízo de valor pode ser completado. Desta forma, seria aceitável ouvir que, no aspecto da criatividade, a escola A é melhor que a escola B; porém, ninguém diria que a escola de samba A “é” criatividade, ou que a escola A é “mais criatividade” que a outra. Como declara o jurista:

— (...) como objetos de valoração, eles [no nosso exemplo, as escolas de samba; portanto, leia-se “elas”] têm um valor e, com certeza, um valor distinto, dependendo de qual dos critérios contrapostos a valoração toma como ponto de partida. Não são os objetos, mas os critérios da valoração que devem ser designados como ‘valor’³⁷. (grifos nossos)

Portanto, infere-se da assertiva anterior que o alvo das valorações, que (referindo-nos agora à seara jurídica) seriam os bens jurídicos encontrados nos casos concretos levados a Juízo, não possuem um valor em si, mas sim, os critérios da valoração tomados como referência pelo julgador é que são os próprios valores em si, posto que cada perspectiva somente é erigida tendo como sua essência o valor que lhe é maior.

Assim sendo, vem então declarar o mestre que “a aplicação de critérios de valoração entre os quais é necessário sopesar corresponde à aplicação de princípios”³⁸. De acordo com o escólio do professor, a aplicação dos princípios constitucionais equivale a uma aplicação do Direito baseada em determinados valores, haja vista que princípios e valores equivalem estruturalmente entre si. Tanto assim é que afirma que:

— (...) o modelo de princípios e o modelo de valores mostraram-se, na sua essência, estruturalmente iguais, exceto pelo fato de que o primeiro se situa no âmbito deontológico (no âmbito do dever-ser), e o segundo, no âmbito do axiológico (no âmbito do bom). Diante disso, as objeções às teorias valorativas dos direitos fundamentais podem atingir também a teoria dos princípios”³⁹. (grifos nossos)

Por conseguinte, podemos desde já formular o seguinte raciocínio: 1º) os objetos de valoração não são valores em si, mas apenas os critérios pelos quais são analisados. Nas decisões jurídicas, esses objetos serão os bens jurídicos conflitantes no caso concreto; 2º) os critérios de valoração, por sua vez, são os próprios valores em si, pois são formados em sua essência pelo próprio valor que lhe é maior; 3º) os princípios atuam exatamente da mesma forma que os valores, tendo como única diferença que os primeiros tratam daquilo que deve ser, enquanto que os valores tratam daquilo que é; 4º) assim, os valores são princípios, e vice-versa.

Muito bem. Relembremos agora do exemplo encontrado logo no início deste artigo.

João Batista de Jesus arrimou-se na tese de que sua casa era seu asilo inviolável e que ninguém lá poderia permanecer sem a sua autorização, o que é direito fundamental gravado no inciso XI, art. 5º da CF/88.⁴⁰ Disse ainda que tinha o direito fundamental de liberdade de expressão, o que fez ao declarar sua repugnância ao modo de vida do travesti e afirmar que “não aceitaria abominações em sua casa”. Correto, pois está presente no inciso IV do art. 5º da Carta Maior.⁴¹

Por outro viés, Shirley Luxúria falou que não podia ser discriminada pela sua preferência sexual, pois todo preconceito seria inconstitucional – o que encontra base no inciso IV do art. 3º da CF/88⁴² –, bem como que podia manifestar seu modo de pensar (o que necessariamente transborda

no modo de viver) livremente, sem embargos de outros, o que também se baseia no segundo dispositivo das ideias atinentes a João Batista, a saber, o inciso IV do art. 5º da CF/88. Por fim, defendeu que não poderia ser compelida a sair da reunião porque nada pode ser imposto se não houver ordem na lei, que é inteligência do inciso II do art. 5º da Lei Magna.⁴³

Todos os direitos fundamentais mencionados foram objeto de elevadíssima estima do Constituinte, e todos são igualmente amparados pela proteção máxima que somente uma Constituição, em um sistema jurídico, pode atribuir. Tendo em vista que todos os postulados levantados pelas partes possuem o mesmo alto nível de importância e de primazia jurídica, o caso somente se resolve por meio de um sopesamento dos princípios constitucionais colhidos do caso. Assim, as livres manifestações de pensamento e a liberdade de expressão serão ponderadas em face da proibição de preconceitos; a inviolabilidade da casa será contestada em face do princípio da legalidade, entre vários outros conflitos que certamente um caso concreto carregaria.

O sopesamento deverá considerar, na questão em análise, qual o peso que cada direito fundamental tem, assim como qual a importância tanto da efetivação quanto do “desprezo” de cada um deles. Ou seja, perceber se o grau de não-satisfação do princípio “perdedor” equivale ao grau de importância que tem a satisfação do princípio “vencedor”.

Todavia, como afirmamos no exemplo das escolas de samba e das valorações, os princípios são valores, e os valores são as próprias valorações tomadas. Cada sopesamento feito poderia considerar um fator muito mais relevante do que outro, e o peso atribuído a um direito fundamental seria calibrado conforme a opinião pessoal de cada aplicador do Direito. Assim, alguém poderia considerar que a inviolabilidade da casa de João Batista é muito superior à liberdade de expressão de Shirley Luxúria, e tal argumento poderia ser defendido de vários modos diferentes⁴⁴. De outra sorte, há quem defenderia a liberdade de expressão de Shirley em detrimento dos outros direitos fundamentais propostos por João Batista, e isto novamente poderia ser ampla e multiplamente desenvolvido.⁴⁵ Portanto, a valoração de cada um moldaria todo o solucionamento jurídico da querela, o que ensejaria a constatação da indiferença da proposta de Alexy.

É exatamente por isso que o ataque maior que é feito à ideia do sopesamento é o que afirma que a mesma “não é um modelo aberto

a um controle racional”, posto que o sopesamento “ficaria sujeito ao arbítrio daquele que sopesa”.⁴⁶ De fato, como disse o autor germânico, “(...) o estabelecimento da preferência condicionada poderia ocorrer de forma intuitiva. Aquele que sopesa teria a possibilidade de seguir única e exclusivamente suas concepções subjetivas. Não seria possível falar em sopesamentos corretos e sopesamentos equivocados”.⁴⁷

Assim, teríamos brechas enormes para o decisionismo dos julgadores, o que faria ruir toda a segurança do sistema jurídico. Como salienta Alexy, essa crítica procede apenas se com isso ela quiser afirmar que o sopesamento não seja um meio de se obter um “resultado único e inequívoco”. Contudo, não procede se quiser com isso dizer que “é um procedimento não-racional ou irracional”.⁴⁸ Para tanto, o aludido professor proclama a existência de dois modelos diferentes de sopesamento: o modelo decisionista e o modelo fundamentado. O primeiro modelo dispensa maiores explanações, pois é passível de dedução e compreensão imediatas. Já o segundo mereceu os cuidados de Alexy. Diante da crucial relevância da ideia para nós, transcreveremos seus dizeres literalmente. Assim,

“(...) em ambos os modelos o resultado do sopesamento é um enunciado de preferência condicionada. No modelo decisionista a definição do enunciado de preferência é o resultado de um processo psíquico não controlável racionalmente. O modelo fundamentado, por sua vez, distingue entre o processo psíquico que conduz à definição do enunciado de preferência e sua fundamentação. Essa diferenciação permite ligar o postulado da racionalidade do sopesamento à fundamentação do enunciado de preferência e afirmar: um sopesamento é racional quando o enunciado de preferência, ao qual ele conduz, pode ser fundamentado de forma racional. Com isso, o problema da racionalidade leva-nos à questão da possibilidade de fundamentação racional de enunciados que estabeleçam preferências condicionadas entre valores ou princípios colidentes”. (grifos nossos)

É dizer: em um conflito de princípios constitucionais, os quais

vão priorizar cada um o bem jurídico que lhe é afeto, o resultado do sopesamento que definirá essa “disputa principiológica” no caso concreto deve ser construído racionalmente através de um conjunto de condições de primazia jurídica *a priori*. Em outros termos: deve-se definir previa e racionalmente um catálogo (mínimo que seja) de situações hipotéticas, nas quais se estabelecem *aprioristicamente e com base nos ditames da Constituição*, os princípios e valores a serem “vencedores” nos conflitos.

E esse conjunto de condições de primazia jurídica *a priori* a que nos referimos deve, obviamente, ter sua fundamentação conforme o âmbito de validade com que se trabalha, segundo excerto já colacionado alhures.

Esse enunciado de preferências condicionadas de que tratou Alexy deve ser desenvolvido de maneira racional, lógica, a fim de que a construção do sopesamento seja passível de acompanhamento, o que enseja a abertura para discordâncias e construções em contrário.

Ou seja, o modelo fundamentado possibilita o contraditório em relação ao sopesamento efetuado pelo aplicador do Direito. Desta feita, é possível levantar a seguinte indagação: em um caso de conflito de direitos fundamentais entre particulares, onde ambas as normas são albergadas por princípios da CF/88, o sopesamento deve ser levantado racionalmente dando preferência *a priori* para quais valores e princípios, se a CF/88 preza igualmente pela guarda de todos eles?

Para o renomado jurista, os direitos fundamentais possuem natureza de princípios, e, por isso, são mandamentos de otimização que requerem o máximo possível de observância no caso concreto. Entretanto, diante de um conflito entre direitos fundamentais, não é caso de se declarar a nulidade ou a invalidade de um direito em detrimento dos demais, mas deve-se realizar um sopesamento, para que se defina de maneira logicamente fundamentada qual o peso de cada um na questão. Assim, a imputação de pesos definirá qual o direito que deve prevalecer sobre o(s) outro(s).

Ressalte-se que a lei do sopesamento ensinada por Alexy não se traduz em uma fórmula absoluta que prescreve quais devem ser os resultados em todos os casos e em relação a todo e qualquer tipo de conflito. O enunciado apenas encarta um padrão de racionalidade para a fundamentação jurídica que deverá decidir o choque entre direitos fundamentais. Não diz o resultado, apenas mostra como alcançá-lo. Também não é a intenção da ideia de retirar o subjetivismo do operador do Direito, haja vista ser tal

tarefa impossível e suficientemente refutada pela doutrina ao se estudar o positivismo jurídico de *Kelsen*.

Afigura-se o sopesamento, em verdade, como o estabelecimento de certos critérios que ensejem um controle das decisões e um acompanhamento do raciocínio desenvolvido, a fim de que, por meio de indagações e argumentações em sentidos diferentes, se exerça o contraditório.

Contudo, o esquema do sopesamento não garante que, apesar da sua clareza conceitual e do seu objetivo escancaradamente racionalizante das decisões judiciais, se chegue a resultados incorretos sob um prisma constitucional. Explica-se.

O enunciado diz que “Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”. Observe-se que a ideia de “grau de não-satisfação” ou a de “importância da satisfação do outro” pode ser preenchida e deduzida de inúmeras formas. Um julgador pode, ao sentenciar em determinado caso, por exemplo, que o direito à liberdade de informação deve se sobrepor ao direito à liberdade, ou que o direito à vida deve ser restringido e suprimido parcialmente pelo direito à liberdade contratual.

A depender da sentença, pode-se tranquilamente observar verdadeiras atrocidades sendo desenvolvidas pelo operador do Direito em nome de uma fundamentação racional. Ocorre que – e essa é uma questão que sempre permanecerá inquieta – é impossível se divorciar o arquétipo moral, educacional e ético de quem julga de suas opiniões e, consequentemente, suas construções jurídicas, o que desintegra o mito da neutralidade do juiz. Tal condição é inerente ao homem, visto que cada ser humano, pela sua singularidade genética, pelas suas contingências familiares, sociais, geográficas, morais, e pelas suas experiências próprias na vida, é fatalmente um ponto de vista único e exclusivo no mundo. Assim, tudo aquilo que seja por ele assimilado, seja pela vivência, seja pelo conhecimento teórico, necessariamente perpassa pelas suas concepções pessoais.⁴⁹

Portanto, é forçoso então admitir que o sopesamento por si só não garante que as decisões judiciais sejam retratos fiéis do sistema constitucional e seus postulados maiores, posto que a lógica desenvolvida pode enveredar por quaisquer caminhos, os quais nem sempre se destinam aos objetivos do ordenamento. E mais: até a percepção dos fatos trazidos

em juízo pode ser inconstitucional, pois a apreensão feita pelo aplicador muitas vezes não se coaduna com a prévia opinião insculpida na CF/88.

Desta forma, entendemos que o nosso sistema jurídico⁵⁰, para que alcance os alvos designados, deve sempre levar em consideração os princípios/valores insculpidos na *mens legis* constitucional, o qual se apresenta incontestavelmente com maior clareza no prefácio da CF/88. A racionalidade utilizada deve ser norteadada com base naqueles valores, como, *v. g.*, a harmonia social, a liberdade, a segurança, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, assunto capaz de gerar por si só várias outras dissertações e que não abordaremos aqui.

Assim sendo, e reconhecendo que a eficácia horizontal é a mais conveniente para a atual sociedade brasileira, ao passo em que se assenta como verdade a constatação de que o método de sopesamento – que dirime o conflito principiológico constitucional que naturalmente e necessariamente advém da aceitação da teoria – apenas fornece o procedimento para o solucionamento do choque sem que atribua a ele um caráter, concluímos que o sopesamento realizado no âmbito do atual Direito brasileiro deve ser construído racionalmente tendo como ponto de partida e como objetivo final os valores/princípios reitores estabelecidos na CF/88, sob pena de desrespeitá-la inconscientemente.

Exemplificaremos: José Sozinho acaba de tornar-se noivo de Maria da Paixão e ambos formulam, antes do casamento que acontecerá daqui a um ano, pacto antenupcial no qual estabelecem um regime de bens exclusivo, criado pelo casal, conforme permissão do artigo 1.639 do Código Civil.⁵¹ No aludido pacto, José Sozinho afirma, entre outras, que no segundo aniversário de casamento do casal ele fará a sua mulher uma doação de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), o que seria apenas uma pequena fração de suas grandes riquezas. Contudo, a previsão somente se efetivará enquanto não se tenha provas de que sua futura esposa o traia, nem durante o noivado nem após o matrimônio. Tal disposição advém de uma “má-fama” que perpassa a vida da moça, a qual reitera que não passam de meros boatos infundados e maliciosos. Caso se comprove que a esposa não honrou seu compromisso de fidelidade, a convivência estará automaticamente suprimida e a doação revogada.

Tanto José quanto Maria assinam o pacto concordando com todos os seus termos. Chega a cerimônia, o casal se une devidamente e passam a viver juntos. Dois anos depois, algumas suspeitas de infidelidade de

Maria começam a surgir. Os boatos vão ficando mais graves, e as atitudes da mulher vão confirmando o temor. Até que em um dia surge Pedro das Luzes, melhor amigo de José, e lhe informa que tem total certeza de que Maria está traindo-o. Devido à grande amizade e confiança que tem em seu amigo, José invoca o pacto outrora firmado, declara a Maria entre gritos que é o fim da convivência marital e que haverá a imediata mudança do regime patrimonial, o que deixa a esposa inconformada, haja vista que não houve qualquer prova para tanto.

Pedro das Luzes, estando convicto da traição, além de avisar ao seu amigo, ainda faz questão de redigir e assinar um texto em solidariedade a José e espalhá-lo pela pequena cidade em que moram, insinuando que seu amigo “dormia com uma serpente e não sabia”.

Nenhum esforço é válido para tentar remover a ideia da traição, pois José, irredutível em sua posição, toma como absolutamente certa a desfeita de Maria, e propõe em juízo Ação de Divórcio com base no inciso I do art. 1.573 do Código Civil, que define como impossibilidade da comunhão de vida o adultério.⁵² Tal Ação é impetrada na véspera do segundo aniversário do matrimônio.

Maria vai a juízo para se defender e, diante da definição sumária e irrevogável de José, alega a ofensa do seu direito fundamental ao contraditório e a ampla defesa, insculpido no inciso LV do art. 5º da CF/88⁵³, haja vista que não lhe fora dada a menor oportunidade de provar sua inocência. E mais: Maria diz que processará Pedro das Luzes pelo crime de injúria (art. 140 do Código Penal)⁵⁴, e ainda aduz mácula ao seu direito fundamental à inviolabilidade de sua vida privada contra Pedro das Luzes, bem como requer que a doação prometida seja concretizada, haja vista que tudo não passou de um boato maldoso e que se não houvesse a intervenção de Pedro, a comunhão estaria plena, o que preencheria a cláusula e a doação se faria normalmente.

Pedro, por sua vez, menciona que é seu direito fundamental a livre manifestação de pensamento, previsto no inciso IV, art. 5º da CF/88⁵⁵, e que apenas exerceu esse direito em prol do amigo certamente traído, o que afastaria a tipicidade do delito já que não ofendeu, apenas promoveu fatos. Ressalta ainda que o acesso à informação é norma de direito fundamental que está no inciso XIV, art. 5º da Carta Maior⁵⁶. Portanto, todos podem e devem saber da verdade que destruiu a vida de José Sozinho.

Como solucionar o caso? “E agora, Juiz?”

Os ensinamentos das teorias de imputação ao Estado – a teoria de *Schwabe* e *State Action doctrine* – são inapropriadas ao caso, senão inúteis. Pela primeira, as lesões aos direitos fundamentais da questão devem ser imputadas ao Estado, pois, se este não as impediu, então as permitiu. Logo, a relação jurídica deve se travar entre Maria das Paixões e o Poder Público, haja vista que, para a doutrina de *Schwabe*, os direitos fundamentais se limitam a serem direitos de proteção em face do Estado, e toda violação a eles é responsabilidade direta deste. Fácil é a percepção da completa inaplicabilidade da teoria.

A *State Action doctrine*, por sua vez, falha de forma semelhante, pois necessita de que algo no caso concreto possa se subsumir ao conceito de “ação estatal”. Como disse Steinmetz, quando o juiz recebe a demanda, ele deve verificar se a lide é endereçada contra o Estado (funcionário, agência, etc.) ou um particular. Não sendo o Estado o polo passivo da demanda, o julgador verificará se a ação reclamada pode se encaixar no conceito de *state action*.⁵⁷ Obviamente que ninguém no caso tem qualquer relação com o poder estatal, e ficaria a cargo do julgador definir o que seria uma “ação estatal” e se a mesma englobaria a ação de alguma das partes. Novamente, é tranquila a refutação da doutrina norte-americana nesta questão, diante de sua completa inadequação.

Se observarmos a celeuma pelo prisma da teoria da eficácia mediata, teremos condições de traçar algumas soluções pertinentes. Pelo escólio dessa doutrina, o juiz deve aplicar o conteúdo axiológico dos direitos fundamentais através das cláusulas gerais do direito privado (a irrupção dos direitos fundamentais), preservando ao máximo o caráter autônomo das vontades individuais expressas na relação. Igualmente, o juiz está impedido de considerar as disposições de direitos fundamentais no seu julgamento, haja vista que somente o podem ser pelo legislador. Cabe a este e somente a este definir a forma e a medida dos direitos e garantias basilares nas relações privadas.

Sendo assim, todas as alegações jusfundamentais tecidas pelas partes, tal qual foram apresentadas no exemplo, seriam desconsideradas pelo julgador. Apenas sua carga valorativa seria incutida nas cláusulas gerais, além de nortear a interpretação das mesmas. Muito provavelmente a ideia de que houve mácula ao direito fundamental de Maria ao contraditório e à ampla defesa seria descartada de imediato, posto que não há produção legislativa que prescreva tal direito processual nas relações de

índole conjugal/familiar. Como o aplicador não pode invocar as normas jusfundamentais de ofício, a questão seria, ao que nos parece, sepultada.

Apenas se se considerar aceita a teoria da eficácia imediata é que a lide seria dirimida com o máximo possível de concretização dos princípios/valores constitucionais. Por essa corrente, o juiz analisaria normalmente as teses de violações de direitos fundamentais levantadas por Maria e por Pedro. Logicamente, perceber-se-ia de que ambos os direitos são tutelados e protegidos pela CF/88, o que demandaria um sopesamento dos princípios colidentes, os quais seriam basicamente o direito de livre manifestação do pensamento e de informação contra o direito de inviolabilidade da vida privada e de contraditório e ampla defesa em todos os âmbitos das relações sociais.

A falta de interposição legislativa para as questões específicas do caso não seriam óbice para que o julgador tomasse os direitos fundamentais como lastro do seu raciocínio jurídico. O sopesamento seria construído pautando-se na necessidade que cada direito tem, no caso concreto, de ser efetivado, na mesma medida em que se aquilataria qual o direito “perdedor”, que deve ser suprimido para que o solucionamento se coadune ao máximo com os ditames da CF/88.

Dessa forma, a concepção da CF/88 deve se estender para a sociedade em geral, fincar raízes na consciência coletiva como um objetivo grupal único. Mas isso não se completa da noite pra o dia, nem é com um mero discurso que sua imensa importância ecoará entre os cidadãos. Como salientou Carl Schmitt, citado por Bonavides, “as virtudes se exercem, as normas se aplicam, as ordens se cumprem, mas os valores são postos e impostos. Quem lhes afirma a validade, deve fazê-los válidos”.⁵⁸ Aguarda-se com ansiedade o início desta sutil revolução.

3. CONCLUSÃO

Diante do exposto, ao observarmos as principais teorias acerca da aplicação dos direitos fundamentais entre os particulares, constatamos que a tese da aplicação imediata ou direta é aquela que, ao nosso sentir, se coaduna com a própria natureza dos direitos fundamentais, pois não se limitam a criar uma redoma de proteção do indivíduo em face do Poder Público, mas antes, são caracteres lógicos que derivam de uma assimilação prudente e racional da conduta e da natureza humanas. Assim sendo,

não devem se restringir às contingências entre os particulares e o Estado, mas devem também ser respeitados e aplicados nas relações privadas, cabendo ao juiz, nos casos que lhe forem apresentados e por meio da lei do sopesamento, dirimir os conflitos entre os direitos fundamentais que por ventura se mostrem. Para tanto, deve o julgador apegar-se aos valores maiores insculpidos na Constituição Federal de 1988, operando de forma constitucional no julgamento da lide através da correta valoração das cláusulas abertas previstas no ordenamento jurídico, inserindo nelas o realce já estabelecido pela Carta.

HORIZONTAL EFFECT OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND BINDING OF THESE TO INDIVIDUALS: RELEVANT THEORIES AND JUDICIAL APPLICATION OF “LAW OF WEIGHING” AS SOLUTION TO CONSTITUTIONAL CONFLICTS OF INTEREST

ABSTRACT: This article aims to analyze briefly- but critically - theories about the so-called “horizontal effect” of fundamental rights in Brazil, discussing the possibility of the application of reasonable theses based on in our legal system, as well as viewing the conflicts between goods and constitutional values in everyday legal, which can be solved by the incidence of the “law of weighing”, created by Robert Alexy precisely with that scope, emphasizing the importance of applying it in line with the values and rights elected as crucial for our Constitution.

KEYWORDS: Fundamental rights. Horizontal effect. Weighing. Judicial application.

Notas

¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 58.

² STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 64/65.

³ Idem, p. 36.

⁴ Ibidem, p.176.

⁵ LASSALE, Ferdinand. *Que é uma Constituição?* Disponível em <http://www.ebooksbrasil.com>. Para reforçar a exemplificação, basta ter em mente as grandes corporações mundiais que controlam boa parte das operações econômicas ao redor do mundo, e que influenciam diretamente na conjuntura político financeira dos países (sobretudo os mais pobres).

⁶ STEINMETZ, Wilson. op. cit., p.177.

⁷ Art. 5º, inciso VI – “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;”

⁸ Não possui expressa previsão constitucional, mas é princípio geral de Direito resultante dos princípios explícitos da Carta Magna e do regime por ela estabelecido, além de ser incontestavelmente reconhecido pela doutrina e jurisprudência, pelo que se faz desnecessário aqui maiores comentários.

⁹ SANTOS, Simielle Barros dos. *A eficácia de direitos fundamentais nas relações privadas: critérios objetivos para uma incidência imediata*. In: Revista da Esmese, nº 13, 2010, p. 240.

¹⁰ STEINMETZ, Wilson. op. cit., p.179.

¹¹ A extensão da condição exclusiva do funcionário público lastreia-se no art. 30 do Código Penal que diz, in verbis: “Art. 30 - Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime”.

¹² SANTOS, Simielle Barros dos. op. cit., p. 241.

¹³ ALEX, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 154.

¹⁴ STEINMETZ, Wilson. op. cit., p.137/138.

¹⁵ SANTOS, Simielle Barros dos. op. cit., p. 243.

¹⁶ STEINMETZ, Wilson. op. cit., p.153.

¹⁷ Idem, p.139.

¹⁸ Ibidem, p.139.

¹⁹ STEINMETZ, Wilson. op. cit., p.197.

²⁰ SANTOS, Simielle Barros dos. op. cit., p. 244.

²¹ STEINMETZ, Wilson. op. cit., p.143.

²² Idem, p.162.

²³ Expressão encontrada em STEINMETZ, Wilson. op. cit., p. 162.

²⁴ Idem, p. 165.

²⁵ STEINMETZ, Wilson. op. cit., p. 166.

²⁶ Idem, p. 168.

²⁷ É aquilo que os processualistas Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart classificam como sendo umas das “regras de privilégios” do nosso Código de Processo Civil. Em MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*. 7ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008, Volume II, p.311.

²⁸ Não mencionaremos aqui todos os princípios da CF/88 manejados pelo autor, mas apenas aqueles que se coadunam com o propósito desta monografia, apesar de concordarmos com todos eles.

²⁹ STEINMETZ, Wilson. op. cit., p.102/103.

³⁰ Prescreve o inciso VIII do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor: “VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

³¹ STEINMETZ, Wilson. op. cit., p. 85.

³² Idem, p. 173.

³³ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva., 2010, p. 255.

³⁴ Basta analisar os casos fictícios que se encontram logo no início desta monografia para se perceber que são nos casos aparentemente pequenos e de índole exclusivamente privada que vemos enormes conflitos de princípios e valores constitucionais.

³⁵ SANTOS, Simielle Barros dos. op. cit., p. 253/254.

³⁶ ALEX, Robert. ob.cit., p. 167.

³⁷ Idem, p. 150.

³⁸ ALEX, Robert. ob.cit., p. 150.

³⁹ Idem, p. 153.

⁴⁰ “XI – a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;”

⁴¹ “IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;”

⁴² “Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

⁴³ “II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;”

⁴⁴ Um deles: a casa é a representação concreta do centro da vida da pessoa humana, que nada mais é do que o início e o fim do Direito; é o centro conversor de toda sua existência, pois tudo que ocorre na vida de um homem invariavelmente se correlaciona com seu lar. O direito de propriedade (que também é ideal crucial na CF/88) se materializa também através da “soberania” do morador em decidir quem deve permanecer em sua casa ou não. Até mesmo o Estado encontra limites nesse aspecto, pois é somente em casos específicos que um agente estatal pode penetrar no imóvel. Assim sendo, o morador, desde que não cometa ato ilícito, é soberano em sua casa.

⁴⁵ Apenas um exemplo: a liberdade de expressão é fundamento e objetivo perene do Estado Democrático de Direito. Coibir isto seria fazer o Estado e a sociedade retroagir para séculos atrás, onde a opinião era criminalizada e os interesses dos cidadãos castrados e esmagados impiedosamente pelo Poder Público. A liberdade de expressão é a maior expressão da liberdade, como já proferiu o eminente Min. Carlos Ayres Britto. Apenas em casos excepcionais, nos quais houvesse um perigo concreto de caos e desfacelamento social, é que a liberdade de expressão deve sofrer abafamentos, sob pena de se compactuar com o próprio processo de destruição do nosso Estado.

⁴⁶ ALEXY, Robert. ob.cit., p. 164.

⁴⁷ Idem, p. 164/165.

⁴⁸ Ibidem, p. 164.

⁴⁹ E nada escapa a esta regra. Inclusive este artigo inescapavelmente possui em sua essência certas marcas oriundas das singularidades e traços pessoais do seu autor.

⁵⁰ Preferimos usar a expressão “sistema jurídico” do que “sistema judicial”, pois esta indica apenas os magistrados e aqueles que participam do Judiciário. Por outro lado, o primeiro não apresenta esta restrição, pois podem fazer parte do sistema jurídico (ou seja, aquele atinente ao Direito) professores, advogados públicos ou privados, pesquisadores, membros do Ministério Público, etc. Enfim, compõem o sistema jurídico tanto aqueles que decidem as causas quanto os que ela influenciam, bem como aqueles que trabalham para desenvolver os manuais que servirão de suporte à jurisprudência, etc.

⁵¹ São os dizeres do citado artigo, *verbis*: “Art. 1.639 - É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver”.

⁵² Diz o citado artigo: “Art. 1.573 - Podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de algum dos seguintes motivos: I – adultério”.

⁵³ Art. 5º, inciso LV da CF/88: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

⁵⁴ Art. 140 do Código Penal: “Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro”.

⁵⁵ Prevê o art. 5º, inciso IV da CF/88: “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;”

⁵⁶ Estabelece o inciso XIV do art. 5º da Constituição o seguinte: “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”;

⁵⁷ STEINMETZ, Wilson. op. cit., p. 179.

⁵⁸ BONAVIDES, Paulo. op. cit., p. 629.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*. 7ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.
- MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- SANTOS, Simielle Barros dos. *A eficácia de direitos fundamentais nas relações privadas: critérios objetivos para uma incidência imediata*. In: Revista da Esmese, nº 13, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.